

PROCESSO - A.I. Nº 206766.0015/03-1
RECORRENTE - VITÓRIA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0120-04/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 06.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Afastadas as preliminares de nulidades. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração acima identificado, que apurou irregularidades nas operações do autuado por falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; assim como por não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio contribuinte, em função do valor acrescido em decorrência das aquisições já mencionadas.

A Decisão da 4ª JJF afastou a preliminar de nulidade do Auto pelo fato do mesmo ter sido lavrado por servidor incompetente. A JJF entendeu que o fato do autuante ser Auditor Fiscal e exercer esse cargo na Secretaria de Fazenda do Estado é o que lhe dá condições para exercer a fiscalização e, se for o caso, apontar irregularidades mediante lavratura de Auto de Infração. Embasou seu entendimento no art. 49 do RPAF/99, salientando que não existe exigência de que o autuante seja formado em ciências contábeis ou inscrito no CRC.

O Acórdão recorrido negou também o pedido de perícia formulado na impugnação, por entender que os documentos presentes no PAF, juntados pelo autuante, eram suficientes para Decisão a respeito da lide.

No mérito, julgou Procedente o Auto de Infração, especialmente pelo fato do autuado apenas ter negado o cometimento das infrações, tendo apresentado explicação para as diferenças encontradas nas comparações realizadas entre o movimento de entrada e saída de mercadorias, sem qualquer documentação que comprovasse o alegado.

Quanto à alegação de aplicação de multa em caráter confiscatório, a JJF alegou que a sanção aplicada e seu percentual estão previstos na Legislação Estadual. A inconstitucionalidade da mesma, ou modificação do percentual previsto, não cabem nessa esfera de discussão.

Irresignado, o autuado interpôs Recurso Voluntário com os seguintes argumentos:

1. Não houve aquisição de mercadorias sem documentação fiscal. A diferença encontrada pelo autuante somente poderia ter ocorrido por causa de emissão em duplicidade de documentos fiscais comprobatórios de saídas (emissão de nota fiscal e cupom fiscal para a mesma saída).
2. Que realizou levantamento em seu LMC, embora entenda que o mesmo não é livro contábil ou tributário, e em suas bombas e não localizou divergências.
3. Que não houve descumprimento de obrigação principal, mesmo que se comprove a entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, já que os produtos comercializados estão sujeitos ao regime de substituição tributária.
4. Que o indeferimento do pedido de perícia acarretou cerceamento do seu direito de defesa.
5. Que o fiscal autuante não poderia ter lavrado o Auto de Infração pois não é profissional de contabilidade e, conseqüentemente, não está inscrito no CRC.
6. Que a multa atribuída à penalidade apontada na autuação é de caráter confiscatório e inconstitucional.
7. Requer por fim, seja acatada a preliminar de cerceamento de defesa, declarando-se nula a Decisão de Primeira Instância, assegurando a realização de prova pericial e que, no mérito seja o Auto de Infração julgado Improcedente.
8. Caso seja o Auto de Infração considerado procedente, seja aplicada multa não superior a 2%.

A PGE/PROFIS manifestou-se no sentido do que o Recurso Voluntário Não seja Provido.

VOTO

A peça recursal é cópia da impugnação. O recorrente não se deu ao trabalho sequer de modificar as palavras que constam nas duas peças, e não atacou os pontos que embasaram a Decisão de Primeira Instância. Vejamos ponto a ponto os argumentos do Recurso Voluntário.

A colocação do recorrente de que divergências entre entradas e saídas derivam de duplicidade na emissão dos documentos fiscais comprobatórios de venda de mercadorias não se sustenta.

Quando o autuante manifestou-se sobre a impugnação esclareceu a respeito desse argumento o seguinte: *“Tal afirmação não procede tendo em vista que em momento algum o autuante lançou no seu levantamento de estoque as notas ou cupons fiscais de saídas, pois, como já relatado anteriormente, as saídas foram encontradas levando-se em consideração os valores dos encerrantes de cada bico das bombas conforme registrado no LMC de diesel pelo próprio autuado.”*

O LMC, contrariamente ao que sustenta o recorrente é considerado livro fiscal obrigatório e faz prova, conforme, conforme Ajuste SINIEF nº 1/92, transcrito:

“Dispõe sobre a adoção do Livro de Movimentação de Combustíveis.

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do DF, na 69ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 15 de dezembro de 1992, resolvem celebrar o seguinte

AJUSTE

Cláusula primeira Fica adotado como livro fiscal, para registro diário pelo Posto Revendedor, o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, conforme modelo por ele fixado.

Cláusula segunda Este Ajuste entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Brasília, DF, 15 de dezembro de 1992.”

Ademais, o recorrente não trouxe para os autos as notas e cupons fiscais supostamente emitidos em duplicidade, e nem contestou o levantamento de estoques apresentado pelo autuante, contrapondo a este o levantamento que foi realizado pela própria empresa.

O entendimento de que não houve descumprimento de obrigação principal, já que as mercadorias comercializadas estão sujeitas ao regime de substituição tributária, não encontra amparo na legislação. Pelo contrário, esta determina, em casos como o ora analisado, que seja imputado o ICMS da seguinte forma:

- a) o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

O fato de se constatar omissão de entradas, não havendo, em consequência, o documento emitido pelo fornecedor, torna impossível verificar se houve o recolhimento do imposto antecipadamente.

Não houve cerceamento de defesa, pois os documentos sobre os quais iria ser feita a perícia poderiam ter sido juntados pelo próprio recorrente. Este, por sua vez, não contestou o levantamento apresentado pelo autuante e admitiu a existência de divergências entre as suas entradas e saídas. Tais fatos, somados a atitude do recorrente em não juntar documentos que fundamentassem seus argumentos, são motivos mais que suficientes para não acatar a preliminar suscitada.

A esse Conselho de Fazenda não cabe apreciar constitucionalidade de leis e modificar aplicação de percentuais de multa previstos na legislação.

Quanto à incompetência do autuante, cabe esclarecer que ser profissional de ciências contábeis e estar inscrito no CRC não são pressupostos para se ingressar na carreira de Auditor Fiscal.

Por tudo exposto, acolho o Parecer da Douta PGE/PROFIS, e NEGO PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, homologando a Decisão da 4ª JJF por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206766.0015/03-1, lavrado contra **VITÓRIA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$67.552,61**, acrescido das multas de 70% sobre R\$57.645,00 e 60% sobre R\$9.907,61, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS